

# De nuevo sobre el Sistema Especial de Seguridad Social de Personas Empleadas de Hogar. Puntos críticos

## Once again about the social security of persons employed in domestic service. Critical points

ROSA QUESADA SEGURA

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

### Resumen

Se analiza en este artículo el cambio producido en el sistema de protección social de los trabajadores y las trabajadoras del hogar familiar al pasar a integrarse en el Régimen General de la Seguridad Social como Sistema Especial. Principalmente se repasan todos los cambios normativos que afectan tanto a las nuevas reglas de encuadramiento como a las prestaciones a las que tienen derecho. Distinguiendo en todo caso las modificaciones producidas respecto a la anterior regulación. Y, finalmente se hace una crítica de aquellas peculiaridades normativas que se mantienen sin justificación objetiva y suficiente.

### Abstract

This article discusses the change in the social protection system of the domestic workers in its integration into the General Regimen of Social Security as Special System. Are principally reviewed all the normative changes in the new rules of framing and benefits affected. Distinguishing, in any case, the changes produced in the previous compared regulation. And finally, we make a critique of those legal peculiarities that remain without enough objective justification.

### Palabras clave

Seguridad Social, Sistema Especial de Seguridad Social de los Empleados del Hogar familiar. Concepto de trabajador doméstico. Prestaciones de Seguridad Social. El desempleo.

### Keywords

Social Security; Special System of Social Security for domestic worker; Concept of domestic worker; Social Security benefits; Unemployment.

## 1. PLANTEAMIENTO: DE SU CONFIGURACIÓN COMO RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL A SU CONSIDERACIÓN ACTUAL COMO SISTEMA ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL

El Régimen Especial de Seguridad Social del Servicio del Hogar Familiar fue regulado por Decreto 2364/1969 de 29 septiembre, es decir, en un momento histórico donde el trabajo prestado en el hogar familiar estaba formalmente excluido del ordenamiento jurídico-laboral, lo que dio lugar a un sistema de aseguramiento articulado a través de mecanismos fundamentalmente similares a los establecidos para los trabajadores por cuenta propia y realmente de mínimos, en base a la existencia de una cuota única e indivisible lo que dio lugar a unas capi disminuidas prestaciones. Y tradicionalmente minusvalorado, planeando siempre la sospecha de fraude en la afiliación. Por ello, y a grandes rasgos, en este Régimen especial no existía distinción entre riesgos comunes o profesionales, la cotización era a cargo del propio empleado del hogar cuando el trabajo se prestaba de forma discontinua y no exclusiva o cuando se hallaba en situación de IT, no existía cobertura por desempleo... Y pese a que la Ley 26/1985 de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, así como una serie de normas reglamentarias –RD 1609/1987, 23 diciembre; RD 356/1991, 15 marzo; RD 2329/1993, 29 diciembre; RD 2064/1995, 22 diciembre y RD 84/1996, 26 enero–, introdujeron algunas nuevas medidas, sin embargo se trataba de reglas muy puntuales que no afectaban a la

naturaleza ni peculiaridades básicas de este Régimen Especial. El reconocimiento del carácter laboral y por cuenta ajena de esta prestación de servicios por el RD 1424/1985, unido a las nuevas expectativas nacidas a la luz del Pacto de Toledo donde se señaló la necesidad –dentro de la lógica de los derechos sociales y del principio de igualdad– y la conveniencia –para la viabilidad del sistema–, de unificar los diferentes Regímenes Especiales de la Seguridad Social mediante su integración en el Régimen General, algo que, desde hacía tiempo, ya venía reivindicándose por la doctrina iuslaboralista<sup>1</sup>, abrieron los cauces a su actual integración en el Régimen General de Seguridad Social, si bien como Sistema Especial.

La Disposición Adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social realizó la histórica y demandada integración con efectos de 1 de enero de 2012, por lo que pasa a regirse por lo allí dispuesto y por “*las peculiaridades que puedan determinarse reglamentariamente*”.

Esta nueva regulación junto con el RD 1.620/2011, de 14 de noviembre por el que se regula –modificación actualizada, más garantista, y sin embargo, con puntos oscuros– una vez más la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, vienen a reparar una situación de histórica desigualdad de trato de un colectivo de trabajadores –básicamente integrado por mujeres<sup>2</sup>– en base a la naturaleza de su actividad laboral, al dignificarlo profesionalmente.

Desigualdad de trato que, pese a los resultados injustos y comparaciones peyorativas a las que daba lugar, sin embargo, siempre ha sido salvada por el Tribunal Constitucional bajo el argumento de que *la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá ser algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico* –SSTC 103/1984 y 27/1988–. O como también se ha sustentado *la Constitución permite, aunque no impone, una diferente protección en atención a las causas que originan las situaciones de necesidad y, por tanto, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno, puedan tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso* –STC 375/1993 y ATC 573/1986–.

A lo que añade, de forma que cuanto menos se puede calificar de discutible desde el punto de vista de nuestra Constitución Social, que “mantener los efectos típicos de un sistema basado en el nivel contributivo –quien más cotiza puede obtener en el futuro

---

<sup>1</sup> Sobre la necesidad del cambio normativo, GARCIA NINET, J.I.: Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar, en Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, págs. 95 y ss. Y respecto a la modificación legal que se introduce: FERNANDEZ ORRICO, F.J. : Aspectos prácticos de la integración del Régimen especial de Empleados de Hogar en el Régimen general de la Seguridad Social a partir de 2012, en Revista Relaciones Laborales 22, 2011; LOPEZ GANDIA, J. y TOSCANINI GIMÉNEZ, D. : El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los Trabajadores al servicio del hogar familiar, Bomarzo, 2012; Vela Díaz, R. : El nuevo régimen de las personas empleadas del hogar: Aspectos laborales y de Seguridad Social, Ed. Laborum, 2012. Y referido concretamente al Régimen Especial de SS de Empleados del Hogar, ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S., Compendio de seguridad Social, Técnos, Madrid, 2ª ed., 1987 y QUESADA SEGURA, R. El contrato de servicio doméstico, La Ley, Madrid, 1991.

<sup>2</sup> De acuerdo con la Exposición de Motivos del RD 1620/2011, la feminización de este trabajo es prácticamente absoluta: el 94% de las personas empleadas en el hogar familiar son mujeres.

mayores prestaciones– no pueden considerarse discriminatorios respecto de aquellos cuya cotización ha sido inferior” –STC 70/1991–, ya que “se constata fácilmente repasando la normativa vigente, que nuestro sistema de SS continúa conservando rasgos típicamente contributivos en buena parte de sus prestaciones”. Y todo ello porque “el derecho a la Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel “–STC 65/1987–; sin que pueda ser suficiente por sí mismo para basar las alegaciones ante los Tribunales de Justicia, ya que “las normas que contienen derechos sociales o de prestación ...únicamente cobrarán peso específico autónomo en la medida en que su contenido se lleve a la práctica en aplicación o desarrollo del postulado de Estado Social...” –STC 215/1994–. Consolidando con su posición la idea, señala Monereo, de que el legislador ha optado siempre, con mayor o menor grado de intensidad por otorgar regímenes específicos de regulación y ámbitos de tutela, a ciertos trabajadores sin que esa desigualdad de trato haya sido pedida por el grupo afectado, ni quede de ordinario justificada en razón de criterios verdaderamente objetivos que la aconsejen<sup>3</sup>.

A su vez, ambos cambios normativos se producen de forma coincidente con la aprobación del Convenio 189 OIT<sup>4</sup> sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. La importancia incuestionable de este Convenio, promovido por el impulso del sindicalismo europeo e internacional y su oportunidad como eje para la construcción nacional de un régimen protector de derechos sociales a favor de un número importantísimo de trabajadores y trabajadoras, que emergen de la invisibilidad y alcanzan la dignidad a través de su trabajo, así como, especialmente, el sistema de garantías públicas que ello crea entre los Estados que lo ratifiquen, en la pretensión de trazar una red de seguridad supranacional que permita la garantía de derechos y la interdicción de abusos respecto a los trabajadores/as domésticos migrantes, debe considerarse, sin duda, como un acierto y un paso imprescindible y largo tiempo demorado de la Organización Internacional.

Sin embargo su alcance y efectividad real va a depender de lo que quieran –o puedan– los legisladores nacionales. La propia amplitud de la norma internacional, la falta de referencia a alguno de los temas más importantes de la relación de trabajo, así como la remisión expresa en otras cuestiones a las normas nacionales o convencionales, permite una vía de escape a la discrecionalidad de los Estados miembros, que, en este sentido, podrán optar, o bien por el establecimiento del régimen de trabajo doméstico desde una visión liberal de la relación de las partes –permitiendo una amplia libertad en la fijación del contenido obligacional del contrato– desde el criterio de la igualdad formal de los contratantes, pero sin pretender modificar, ni cambiar el propio concepto de esta relación y con absoluto respeto a los derechos a la intimidad personal y familiar del hogar donde se prestan los servicios. O

---

<sup>3</sup> MONEREO PEREZ, J.L.: Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo, Civitas, Madrid, 1996, pág. 66.

<sup>4</sup> La adopción por la Conferencia General del Convenio nº 189, sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos 2011, el 16 de junio en Ginebra, en el seno de la 100ª reunión de la Organización Internacional de Trabajo, junto con la Recomendación 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, que lo complementa, se puede calificar, sin margen de duda, como un hecho histórico, como una conquista social, como la consecuencia de una potente reivindicación sindical y de organizaciones no gubernamentales e institucionales, principalmente de América central y del sur .

bien, optar por una legislación progresista y tutelar, dirigida a una equiparación lo más razonable posible con el trabajador ordinario.

En materia de Seguridad Social el Convenio 189 OIT hace depender la acción protectora del índice de cobertura de los riesgos sociales previsto en las legislaciones nacionales. En consecuencia se garantizarán un conjunto mayor o más reducido de prestaciones en relación con el ámbito de protección social previsto en las legislaciones de los países que lo ratifiquen. Así la protección puede abarcar desde las prestaciones derivadas de las contingencias de enfermedad, maternidad, accidente, invalidez, vejez, muerte y supervivencia y protección a la familia –y por tanto deberá garantizarse la asistencia sanitaria, la incapacidad, la jubilación, la protección familiar y la maternidad, así como la protección de asistencia social y servicios sociales–, a las prestaciones ligadas a los riesgos profesionales –como el desempleo, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional–. No obstante, la mención expresa de la norma internacional a la maternidad garantiza para la trabajadora doméstica, al menos, la protección social ante esta situación. Los demás derechos relacionados con todas las circunstancias unidas a la protección de la maternidad/paternidad/riesgo por embarazo/riesgo por lactancia, dependerá de la Seguridad Social nacional y de la amplitud de su sistema de cobertura.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el art. 14 del Convenio 189 OIT no habla de equiparación, sino, en redacción complicada, de “condiciones no menos favorables” que las condiciones aplicables a los trabajadores en general, por lo que cabe deducir que si bien es posible el establecimiento de un régimen propio de Seguridad Social para los trabajadores de esta actividad profesional, también es cierto que este régimen de protección específica no puede tener un tratamiento *in peius* respecto al régimen común. Lo que se exige, por tanto, en la norma internacional es que exista coherencia entre la normativa laboral y la de Seguridad Social a partir de la garantía de derechos mínimos e igualdad de trato. En consecuencia, no podrán admitirse aquellas reglas en las legislaciones nacionales que pugnen con la consideración de trabajador por cuenta ajena del trabajador del hogar, o aquellas que directamente contradigan los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación sin justificación suficiente en su propia naturaleza<sup>5</sup>.

Estamos, por tanto, en un momento de cambios profundos en el sistema de garantías y protección de estos trabajadores/a: una nueva regulación del régimen laboral, la integración en el Régimen General de SS mediante su consideración de Sistema Especial y un importante Convenio Internacional que, pese a no ser ratificado por España, sin duda constituye una referencia que no puede ignorarse a la hora de interpretar este nuevo sistema de protección social.

A partir de aquí y sin dejar de señalar el avance en los derechos sociales y también de racionalización jurídica que ello ha supuesto para este numeroso colectivo de trabajadores, no puede ignorarse la pervivencia, todavía, en la nueva regulación, de desigualdades en el tratamiento normativo respecto de determinadas prestaciones, especialmente en cuanto se hace depender de plazos temporales su integración plena y efectiva con el Régimen General.

---

<sup>5</sup> Sobre el Convenio 189 OIT en QUESADA SEGURA, R.; La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio nº 189 OIT, 2011, Revista Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El análisis que ahora se propone tiene que ver con diferentes aspectos de este sistema especial relacionados especialmente con los cambios introducidos o con las deficiencias que aún se mantienen, revisadas ahora, desde y a partir de este nuevo conjunto normativo, sin que, en consecuencia, puedan ser admitidas aquellas que pugnen con la consideración de trabajador por cuenta ajena del trabajador/a del hogar, o aquellas que directamente contradigan los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, sin justificación suficiente en su propia naturaleza.

Lo que lleva a señalar una serie de cuestiones, divididas en dos grandes apartados. Por una parte, la determinación de los sujetos a los que va dirigida la norma y, en consecuencia la delimitación de las responsabilidades y derechos en materia de Seguridad Social que les conciernen. Por otra, el análisis del sistema de prestaciones, poniendo de relieve la pervivencia de peculiaridades en la acción protectora. Y, finalmente, una última reflexión, que viene a señalar de forma singular lo contradictorio que resulta, con la nueva situación de los trabajadores /as del hogar familiar, el que se mantenga la exclusión del derecho a la prestación por desempleo.

Y una última precisión, en la normativa laboral y de Seguridad Social la referencia que se hace es siempre en masculino al “empleado del hogar”. Ciertamente es un término que se utiliza de forma genérica y por ello, en principio neutro, pero igualmente es cierto que su utilización reiterada impide visualizar la realidad social a la que se dirigen, pese al reconocimiento, en la propia Exposición de Motivos de la norma reguladora de esta relación especial, de la super feminización de este trabajo. Y, extrañamente, tampoco existe una perspectiva de género en el contenido de ambas normas –tan solo la referencia a la maternidad como riesgo que debe ser cubierto en igualdad de condiciones por la Seguridad Social–. Derechos de protección del empleo, derechos ligados al embarazo, derechos de permanencia, derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, garantía a la intimidad en el caso de residir en el hogar familiar... Todo ello se ignora como si el término “empleado del hogar” hiciera desaparecer la realidad de las auténticas protagonistas de este trabajo. Por ello, en este comentario la referencia se hará a ambos sexos –aún a riesgo de perjudicar la lectura–, pues no puede olvidarse que también es este un trabajo que puede ser desempeñado por el hombre.

## **2. DELIMITACIÓN DE LOS SUJETOS Y DERECHOS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**

### **2.1. Delimitación del ámbito subjetivo. Antiguas y nuevas precisiones**

La determinación de los sujetos de este Sistema especial, es decir, de quienes asumen las obligaciones de afiliación, alta y pago de la cotización así como de aquellos que son beneficiarios de las prestaciones constituye el primer punto de análisis. Por varias razones: por una parte porque se han producido diferentes modificaciones legales que afectan al concepto de trabajadora y de titular del hogar familiar, es decir, de ambos sujetos de la relación de trabajo. Modificaciones introducidas por diferentes normas y que tratan de aclarar y limitar con mayor precisión el ámbito subjetivo tanto de la relación de trabajo como del sistema de protección social. Y, en segundo lugar, porque se ha producido un importante giro en las obligaciones del titular del hogar familiar en orden a la afiliación, alta y cotización, al generalizarse tales obligación en todo caso –pese a que cuando se den

determinados requisitos relacionados con la duración de la jornada y con el consentimiento formal del empleador, el o la trabajadora del hogar pueda asumir la responsabilidad en este sentido, lo que no excluye al empleador del pago de la cuota correspondiente–.

En cuanto al concepto de trabajador/a del hogar familiar, en principio se mantiene el mismo ámbito subjetivo establecido, en su momento, en los artículos 2 del D 2364/69 y del RD 1424/1985, siendo el sujeto al que va dirigida la norma de protección social el mismo al que va dirigida la norma laboral, es decir el trabajador/ra doméstico en cuanto reúne los elementos configuradores del concepto de trabajador –voluntariedad, ajenidad, dependencia y remuneración–, y en consecuencia rigen las mismas reglas respecto a la capacidad para contratar, la misma presunción a favor de la naturaleza del trabajo por cuenta ajena, así como los mismos derechos –entre ellos, principalmente, a la igualdad de trato–.

En general, pues, quedan incluidos en su ámbito de aplicación aquellos sujetos que «en calidad de empleados del hogar» reúnan los siguientes requisitos personales: ser español, o en caso de ser extranjero hallarse en las condiciones previstas en el art. 7.4 de la LGSS, realizar la prestación de servicios en territorio nacional –con la importante especialidad extensiva a quienes presten servicios a personal diplomático o funcionario estatal destinado oficialmente en país extranjero, los cuales pueden ser sujetos protegidos si así lo solicitan–, y tener más de dieciséis años, conforme el artículo 6.1 ET, y, por último, que se dediquen a servicios exclusivamente domésticos por cuenta de un titular del hogar familiar empleado y de forma remunerada.

Tan importante como la definición de las notas configuradoras del sujeto trabajador/a en este caso es la lista de las exclusiones, especialmente las constitutivas. Aquí es donde más se abunda legislativamente y, en muchos casos, a consecuencia de anteriores resoluciones judiciales.

De esta forma, quedan excluidos del ámbito de esta disposición, aquellas personas en las que falte alguno de los presupuestos configuradores de su naturaleza jurídico laboral, como la remuneración, la dependencia o la ajenidad –artículo 2.2 RD 1424/1985–. Por ello queda fuera de esta consideración el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad –artículo 2, 1, c) RD1424/85 y artículo 3, c) D.2364/69–.

Como igualmente queda explícitamente excluida por iguales razones la relación de colaboración y convivencia familiar denominada “au pair” –regulada en este caso por el Acuerdo Europeo sobre colocación Au Pair de 24 de noviembre de 1969<sup>6</sup>–, en donde se presume una relación de amistad y colaboración mutua, sin remuneración y basada en la buena fe.

Igualmente rige la exclusión por parentesco hasta el segundo grado por afinidad o consanguinidad salvo que se demuestre la condición de asalariado del empleado/a del hogar. Originariamente la exclusión por razón de parentesco establecida en el REEH era de una notoria desigualdad de trato respecto a la regla similar establecida en el RGSS, en cuanto el artículo 3.1 a) D.2346/69 consideraba excluidos del ámbito de este Régimen Especial a los prohijados o acogidos de hecho así como el cónyuge y demás parientes del cabeza de familia

<sup>6</sup> España ratificó el Acuerdo el 24 de junio de 1988 (BOE de 6 de septiembre de 1988).

por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, siendo ésta, además, una exclusión “iuris et de iure”. No obstante, la diferencia de trato en relación al artículo 7 LGSS que, como se sabe, excluye por razón de parentesco “hasta el segundo grado inclusive, siempre que estén ocupados en su centro o centros de trabajo y que convivan en su hogar y estén a su cargo”, fue objeto de corrección en SSTC 79/1991, de 15 de abril, 92/1991, 6 mayo, y 59/1992, 23 abril<sup>7</sup>, en donde se afirma que, “aunque el parentesco entre titular del hogar familiar y empleado doméstico pueda justificar diferencias de tratamiento en materia de afiliación y alta al correspondiente RESS, no por ello permite justificar toda diferencia, sino sólo aquella que resulte razonable a la luz del conjunto del ordenamiento. Y como quiera que en éste genera sólo una presunción “iuris tantum” de que el pariente no es trabajador, en el REEH tal circunstancia deberá ser tenida en cuenta a estos efectos, so riesgo de incurrir en discriminación por una circunstancia personal contraria al artículo 14 CE” (STC 92/1991)<sup>8</sup>. En consecuencia, se concluye, “la compatibilidad del artículo 3.1 del Decreto 2346/1969 con el artículo 14 CE impone una interpretación sistemática e integradora en el régimen jurídico del parentesco según el ordenamiento laboral y las propias normas generales del sistema de SS” (STC 59/1992).

Por tanto en la actualidad debe entenderse que el límite de la presunción de no laboralidad por parentesco lo fija el artículo 7.2 LGSS, por lo que los parientes de tercer grado del empleador pueden, sin trabas, proceder a su afiliación y alta por cuenta ajena en este Sistema Especial.

Por lo demás no se ha tenido en cuenta que, cuando el artículo 3 del D. 2346/1969 excluye a los prohijados o acogidos de hecho o de derecho de las excusiones por parentesco, embargo, no contempla la exclusión de las parejas de hecho. Lo que demuestra la obsolescencia de estas reglas en una materia en la que el legislador se ha mostrado siempre tan receloso de un posible fraude de afiliación.

Como excepción a la exclusión por parentesco, el propio artículo 3 del D. 2346/1969 establece una singular a favor de los familiares femeninos de sacerdotes célibes cuando no tuvieran otro empleado del hogar a su servicio. Sobre la posible tacha de discriminación de esta regla se pronunció, igualmente, el Tribunal Constitucional en STC 109/1988 entendiendo que “la excepción se encuentra objetivamente justificada...” Justificación difícil de entender en un Estado aconfesional y en el marco de una Constitución que proclama la libertad de culto y prohíbe cualquier tipo de discriminación en base a creencias o confesiones religiosas. Sin que, además, la referencia exclusiva del artículo 3 D.2346/69 a los sacerdotes y no a los religiosos o religiosas, admita, según el Constitucional, tacha de discriminación al “basarse en la diferente función y régimen de vida que le es propia en comparación con los sacerdotes, ya que la vida monástica y en comunidad excluye el trabajo doméstico, que como cualquier otro se realiza también en comunidad” (STC 59/1992). No obstante, la admisión de una sola excepción a favor del familiar femenino de sacerdote ofrece serias dudas, especialmente porque niega el caso inverso –la sentencia se refiere a un familiar femenino de

<sup>7</sup> Así se había considerado también en algunas resoluciones judiciales –STSJ Navarra de 13 de septiembre de 1991 (Rec. 105/91)–.

<sup>8</sup> Se considera rota la presunción de no laboralidad por parentesco cuando no convivan ni estén a cargo del empleador –STSJ Madrid 3 de abril de 1996 (EDJ (El Derecho Jurisprudencia) 36971) y STSJ Valladolid, cont-adm. 17 de septiembre, 2010 (EDJ 212320)–.

una religiosa teresiana, empleada a su servicio– sin justificación objetiva suficiente para el mantenimiento de una regla excepcional que abiertamente bordea los límites de la discriminatoria por razón de género<sup>9</sup>.

Otra exclusión específica, por lo demás no establecida en el D.2346/69, sino que es consecuencia de la inclusión constitutiva que realiza el artículo 97.2.b) LGSS, es la que tiene por objeto a los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares al considerar “obligatoriamente incluidos en su campo de aplicación” del Régimen General a tales trabajadores, si bien desde el punto de vista laboral sean –sin género de dudas– empleados del hogar, como de forma explícita se señala en el artículo 1.4 del RD1424/85. De forma semejante puede considerarse que los tripulantes de embarcaciones de recreo al servicio de particulares queden igualmente excluidos de este Sistema Especial, quedando incluidos en el Régimen Especial Trabajadores del Mar conforme a la Ley de 30 de diciembre de 1969 (BOE de 31 de diciembre).

La justificación, en su momento, resultaba obvia si se consideraba la existencia de un mayor riesgo profesional en su actividad y la no consideración en el RESH de los riesgos profesionales en materia de periodo de carencia y de prestaciones. Ahora, no obstante, la incorporación al Régimen General y el reconocimiento del accidente de trabajo y la enfermedad profesional a los trabajadores/as del hogar familiar, pone en cuestión el mantenimiento de esta regla, si bien, en definitiva a quien favorece es al empleado –y en este caso, generalmente, varón–.

En cuanto al titular del hogar familiar, se le puede definir como aquella persona natural titular del hogar o de la residencia donde los servicios domésticos se prestan y que como consecuencia de la relación especial concertada, hace suya la utilidad resultante del trabajo ajeno, lo dirige y remunera. El primer requisito, por tanto es que el titular del hogar familiar sea una persona física. En coherencia, el artículo 2,1 a) del RD 1424/85 –y en la actualidad se mantiene igual exclusión en el artículo 2.1 a) RD 1620/2011– excluía del ámbito de aplicación de la norma reglamentaria la relación concertada entre un empleado del hogar y una persona jurídica de carácter civil o mercantil “aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas”, que se regirán por la normativa laboral común. Como en su momento manifestó De la Villa “es un acierto esta exclusión para salir al paso de abusos cometidos históricamente<sup>10</sup> . Situación por lo demás corregida tempranamente por una abundante jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo y el Tribunal Supremo, en base al artículo 2.c) de la Ley de Contrato de Trabajo<sup>11</sup>, al considerar que no existe servicio doméstico cuando el contratante fuera una persona jurídica con independencia de si se persigue finalidad lucrativa o no.

<sup>9</sup> De forma extensiva, el análisis de esta sentencia y sus antecedentes en QUESADA SEGURA, R. El contrato de servicio doméstico, La Ley, Madrid, 1991, págs. 223 a 228.

<sup>10</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: “La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar”, en: Las relaciones especiales de trabajo, D.L., nº monográfico, 1986, pág. 211.

<sup>11</sup> Entre las más antiguas SSTs de 1 de junio de 1940, 13 de febrero de 1943, 24 de mayo de 1954 y 9 de marzo de 1955. Y del TCT: SS de 31 de marzo de 1964, de 2 de julio de 1974, 9 de junio de 1980, 5 de febrero de 1982 y 22 de marzo de 1983.



Con este requisito la norma reglamentaria está, además, concretando y delimitando el concepto de esta relación especial de trabajo, porque a su través se está excluyendo de su ámbito todo supuesto que haga referencia a la posible existencia de cualquier tipo de organización de carácter empresarial.

No obstante el legislador entiende que debe aclararse esta cuestión y en ese sentido la Disposición adicional decimoséptima de la Ley 27/2011 vuelve a excluir del concepto de empleado del hogar a aquellos trabajadores dedicados a tareas domésticas no contratados directamente por un titular del hogar, sino al servicio de empresas, ya sean personas jurídicas, de carácter civil o mercantil –lo que incluye, por tanto, a las Empresas de Trabajo Temporal–, lo que supondrá en tal caso y de acuerdo con esta Disposición “ el alta de tales trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social de tales trabajadores por cuenta de esas empresas”.

En sentido similar, el artículo 2.3 RD 1620/2011 –manteniendo idéntica regla del régimen anterior– establece la presunción de la existencia de una única relación laboral de carácter común cuando se de una dualidad de servicios simultáneos, uno de carácter doméstico y otro ajeno al mismo «en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador», salvo que estos sean de carácter esporádico u ocasional con respecto al servicio puramente doméstico –art. 2. 1 d) RD1424/85–, lo que en su momento dio lugar a una cierta conflictividad judicial<sup>12</sup>.

Sin embargo, aparece por primera vez en el artículo 2.1 RD 1620/2011 la exclusión de la relación de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas mediante la prestación económica destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el Programa Individual de Atención, de acuerdo con la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia –artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006–, así como las relaciones de los cuidadores no profesionales consistentes en la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, –artículo 18, Ley 39/2006–, aunque en uno u otro caso, los cuidados se lleven a cabo en el domicilio de la persona dependiente o del familiar con el que la misma conviva<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> SSTCT de 25 de febrero de 1986, de 18 de febrero de 1986, y 8 de abril de 1986 – en todos los casos sobre el carácter marginal de ciertos trabajos prestados de forma simultánea por la empleada del hogar-. Más recientes STSJ Madrid de 30 de marzo de 2007 (EDJ 148116), TSJ Castilla-la Mancha de 15 de noviembre de 2012 (EDJ 279146) TSJ de Baleares de 21 de marzo de 2013 (EDJ 116256).

<sup>13</sup> Desde el 15 de julio de 2012 el Convenio especial suscrito por cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia con a seguridad Social tiene carácter voluntario, siendo las cotizaciones, desde el 1 de enero de 2013 a cargo exclusivamente del suscriptor. El coeficiente aplicable durante 2014 es del 0,77%, efectuándose una cotización por formación profesional en una cuantía equivalente al 0, 20% de la base de cotización. El convenio especial surte efecto desde la fecha de su solicitud de suscripción y no desde el mismo día de la prestación económica para cuidados de familiares, como venía ocurriendo hasta ahora.

## **2.2. Sujetos responsables del alta, afiliación y cotización. Cambio en el sistema aseguratorio**

Suprimido el artículo 49 del RD 84/1996, 26 enero, sobre inscripción de empresas y afiliación de trabajadores a la Seguridad Social, que establecía la obligación del trabajador del hogar familiar de solicitar la afiliación, el alta y la baja cuando prestase sus servicios “a uno o más cabezas de familia a tiempo parcial, sea con carácter indefinido, tanto de forma fija periódica como fija discontinua, o sea de duración determinada en los supuestos previstos en el artículo 15 ET”, lo que reducía la obligación de solicitar la afiliación, el alta y la baja al titular del hogar únicamente en el supuesto de que los servicios se prestasen de manera exclusiva y permanente, la aplicación de las reglas generales del RD 84/1996 – artículos 24, 25 y 29–, en virtud de la Ley 27/2011, generaliza la obligación de afiliación alta y baja del titular del hogar igualmente en el supuesto de que el trabajador preste su actividad de forma parcial o para más de un solo empleador.

Se ha producido, por tanto, un cambio trascendente en el sistema de aseguramiento de estos trabajadores pasando, en la actualidad, a ser el titular del hogar familiar el responsable del ingreso de la cuota tanto si el trabajador presta servicios de forma exclusiva y permanente como si es trabajador a tiempo parcial –(ahora) de más de 60 horas al mes–. No obstante, una modificación posterior –Disposición adicional 2ª RD-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social–, suavizó la obligación del titular del hogar de “en todo caso” al establecer para aquellos empleados del hogar que trabajasen menos de 60 horas mensuales para un empleador, y por acuerdo entre los sujetos, la obligación de formular directamente su afiliación, alta baja y variaciones de datos. No es que con ello se vuelva a la situación anterior, pero sí que se descarga al empleador –en muchas ocasiones se trata de personas de edad avanzada y sin conocimientos suficientes para realizar estas gestiones por sí mismos– de tales trámites.

Se trata de una regla que, al facilitar la gestión al empleador de sus obligaciones respecto a la Seguridad Social, persigue, a la vez que fomentar el alta del trabajador, la eficacia del sistema ya que, en general, lo que se contempla aquí es la situación de un mismo empleado/a trabajando parcialmente para varios empleadores. En este supuesto y aun cuando se mantiene el carácter de trabajadores/as por cuenta ajena de los empleados/as de hogar, se les considera como sujetos responsables del cumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, así como de cotización tanto de las aportaciones propias como de las relativas a los empleadores a los que presten sus servicios.

En consecuencia, también en este supuesto corresponde al trabajador el formalizar la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social de su elección, salvo que sus empleadores ya tuvieran aseguradas dichas contingencias respecto a otros empleados incluidos en este sistema especial, en cuyo caso la citada cobertura correspondería a la entidad gestora o colaboradora elegida por el titular del hogar familiar. Dos reglas garantistas –o de control– para los empleadores completan la anterior, ya que vienen a dejar finalmente, en manos del empleador el poder último de la actuación del empleado en este sentido. Por una parte el reconocimiento al empleador de la posibilidad de presentar la solicitud de baja en caso de extinción de la relación laboral. Por otra, la exigencia de que las solicitudes de alta, baja y variaciones de datos presentadas por

los empleados de hogar que hayan asumido la obligación de formular esos actos de encuadramiento también deberán ir firmadas, en todo caso, por sus empleadores.

En cuanto a las reglas de encuadramiento las peculiaridades responden a la propia singularidad de esta actividad profesional. Así, en las solicitudes de alta en este Sistema Especial, ya se formulen por el empleador o por el propio empleado de hogar, deberán figurar, además de los datos establecidos con carácter general, el código de la cuenta de la entidad financiera en la que ha de domiciliarse el pago de la cotización y los datos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo del mismo, consistente en el número de horas de trabajo semanales, en el importe del salario pactado, tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, así como, en su caso, en el importe del salario mensual acordado en especie y en la existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta, junto con la retribución por hora pactada.

### **2.2.1. El sistema especial de cotización**

Sin duda, la peculiaridad más notoria y la que ha contribuido a marcar las desigualdades de tratamiento de este colectivo respecto al del trabajador del RGSS ha sido el tradicional mantenimiento de una cuota “de cuantía única, mensual e indivisible” –artículo 15,1 a) D. 2364/1969–. Regla que, ante la falta de una seria consideración de la profesionalidad de este tipo de trabajo, respondiendo a valores añejos y claramente superados, ha condicionado el sistema de protección social –reduciéndolo a mínimos– a la par que ha servido de base para la determinación del sujeto obligado al pago de la misma.

Por ello la integración de este colectivo profesional en el Régimen General ha supuesto como primera e importante consecuencia el final del sistema de cuota única, estableciéndose bases de cotización de importe fijo pero en relación al nivel retributivo del trabajador/ra. La Disposición adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011 estableció quince tramos que oscilaban entre 90,20 euros mensuales correspondiente a la base mínima, hasta los 748,20 euros de base máxima. Sin embargo, una última modificación introducida por el RD-Ley 29/2012 simplifica –acertadamente– el número de tramos inicialmente fijado que pasa a ser ahora de ocho, si bien amplía las cuantías, especialmente, las correspondientes a los tramos inferiores.

De acuerdo a la Ley 36/2014, de 26 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, en este Sistema Especial, las bases y los tipos de cotización serán, a partir de 1 de enero de 2015, los siguientes: Las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales para el año 2015 se determinarán actualizando las retribuciones mensuales y las bases de cotización de la escala vigente en el año 2014 –que oscila entre la mínima de 147,86 euros mensuales a la máxima fijada en 790,65 euros mensuales<sup>14</sup>– en idéntica proporción al incremento que experimente el salario mínimo interprofesional. Para la

---

<sup>14</sup> La Orden ESS/86/2015, de 30 de enero, fija para el año 2015 el tipo de cotización en el 24,70 por 100, correspondiendo el 20,6 por 100 a cargo del empleador y el 4,10 por 100 a cuenta del empleado/a del hogar, y siendo a cargo del empleador únicamente el tipo aplicable a las contingencias profesionales, siendo este el mismo que la tarifa de primas vigentes para el RGSS, es decir, el porcentaje del 1,1 por 100. incluyendo la retribución en especie como un nuevo concepto en la base de cotización.

cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sobre la base de cotización que corresponda, se aplicará el tipo de cotización previsto al efecto en la tarifa de primas incluida en la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, siendo lo resultante a cargo exclusivo del empleador.

Respecto a los tipos de cotización, se establece un incremento de forma progresiva desde el año 2013 hasta el 2019, en donde se prevé ya la plena equiparación con la establecida en el RGSS. Durante el año 2015, el tipo de cotización por contingencias comunes, sobre la base de cotización que corresponda según lo indicado en el apartado anterior, será el 24,70 por ciento, siendo el 20,60 por ciento a cargo del empleador y el 4,10 por ciento a cargo del empleado.

Para la determinación del sujeto responsable del abono de la cuota, debe distinguirse de nuevo, si los servicios de prestan por un periodo superior a las 60 horas mensuales o por menos de dicho periodo.

En el primer caso, será el empleador quien deberá ingresar la aportación propia y la proporcional que corresponda al empleado del hogar, realizando el descuento correspondiente sobre el salario de éste de igual forma a lo establecido en el RGSS. Por el contrario, cuando los servicios se presten durante menos de 60 horas al mes para un mismo empleador, estos trabajadores son, a partir del 1 de abril de 2013, a quienes corresponde la obligación de cotizar, debiendo ingresar la aportación propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales. En estos casos el empleador está obligado a entregar al trabajador, además del recibo de salarios en todo caso, la aportación y cuota que le corresponda por las contingencias comunes y profesionales, sin que sea de aplicación en estos supuestos, la reducción del 20% de la cotización, como fórmula temporal para fomentar el alta de estos trabajadores en este Sistema Especial de SS –reducción que puede llegar al 45 por cien en caso de familias numerosas, de acuerdo al artículo 5 RD 1621/2005, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 40/3003, de protección de familias numerosas<sup>15</sup>–, ni ningún otro beneficio en la cotización que vengan legalmente reconocidos de acuerdo con la exclusión que contiene la Disposición adicional segunda del RD-Ley 29/2012.

### **3. LA PERVIVENCIA DE PECULIARIDADES EN LA ACCIÓN PROTECTORA**

El artículo 28.1 del D. 2346/69 extiende la acción protectora a las siguientes contingencias previstas en el RGSS: “las prestaciones derivadas de las contingencias de enfermedad, maternidad, accidente, invalidez, vejez, muerte y supervivencia y protección a la familia”, y con igual “amplitud, términos y condiciones que en el Régimen General”.

Sin embargo y pese a esta declaración, se mantenían notorias diferencias en la acción protectora del REEH con respecto al RGSS. El propio art. 28.2 D 2346/69, establece salvedades a la amplia declaración inicial. En realidad las únicas prestaciones que no presentan peculiaridades son la asistencia sanitaria, la protección familiar y la maternidad,

<sup>15</sup> Ver al respecto APARCIO RUIZ, M.G.: La profesionalización de los empleados al servicio del hogar familiar”, Ed. Eolas, 2014, pág. 109.

así como la protección de asistencia social y servicios sociales, mientras que, anecdóticamente, se mantiene una prestación especialísima y única para este Régimen Especial, como es la prestación económica por profesión religiosa. Sin embargo su cuantía es tan mínima –unos 30 Euros en moneda actual–, el concepto de “dote” tan anacrónico y el sometimiento a determinadas condiciones –acreditar un periodo mínimo de cotización de 24 mensualidades dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante– tan injustificado, que podría suprimirse sin mayor problema.

Ahora y tras la integración en el RGSS<sup>16</sup>, los trabajadores incluidos en el sistema especial para empleados del hogar tienen derecho a las prestaciones en los términos y condiciones establecidos en el RGSS tanto para las contingencias comunes como para las profesionales: asistencia sanitaria, maternidad, paternidad, cuidado de menor afectado de cáncer o enfermedad grave, prestaciones por fallecimiento. Si bien para otras prestaciones se mantienen particularidades.

### **3.1. Prestaciones reconocidas con peculiaridades de tratamiento**

Las prestaciones por incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación se rigen por las reglas del RGSS tras la Ley 26/1985 y sus normas de desarrollo. De acuerdo a ello, los periodos de cotización para las prestaciones de invalidez permanente, cualquiera que sea su causa, y jubilación –para las de muerte y supervivencia continua siendo de sesenta mensualidades– son los establecidos con carácter general con aplicación paulatina en las de jubilación, si el empleado tiene sesenta o más años y está en alta o situación asimilada en el momento del hecho causante, en caso contrario el período será de quince años.

No obstante existen peculiaridades de tratamiento notables:

a) Para los trabajadores/as a tiempo parcial la Disposición adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011 establece una regla transitoria de equiparación paulatina con el Régimen General respecto al cómputo de los periodos de cotización para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad. De esta forma, desde el año 2012 hasta el año 2018, las horas efectivamente trabajadas en este Sistema especial se determinarán en función de las bases de cotización previstas en la Disposición adicional séptima de la LGSS apartado 2.a) 1, 2 y 3, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios.

b) Por lo que respecta a la incapacidad temporal, acaba la peculiaridad más notoria en este sentido, como era el trasvase de la obligación de cotizar al trabajador/a durante el periodo en el que el mismo se encontrase en dicha situación –salvo el mes en que se producía la baja que correspondía al empleador–, a lo que se unía, como nueva diferenciación, el que el derecho al subsidio por incapacidad temporal no empezaba a hacerse efectivo hasta transcurridos veintiocho días a partir del inicio de la enfermedad o del accidente –art. 30 D. 2364/69–. Todo ello generaba una situación difícil de explicar desde parámetros de igualdad.

---

<sup>16</sup> Apartado 3. Disposición adicional trigésimo novena, Ley 27/2011: “ Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social”.

Al traslado de la obligación de cotizar de un sujeto a otro –por lo demás, de la cuantía total de la cuota– se unía el efecto de la situación de suspensión del contrato en la que el empleado del hogar se encontraba, por lo tanto, sin recibir salario, mientras que el subsidio correspondiente no empezaba a percibirlo “hasta el vigésimo noveno día, a partir de la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente”.

El régimen actual de la IT del empleado/a del hogar es, pues, el siguiente: El cálculo y la cuantía de la prestación económica es similar a la establecida en el RGSS, siendo la cuantía diaria del subsidio el resultado de aplicar el 75 por 100 a la correspondiente base reguladora, estando constituida ésta por la base de cotización del empleado de hogar correspondiente al mes anterior al de la baja médica, dividida entre treinta. Dicha base se mantendrá durante todo el proceso de incapacidad temporal, incluidas las correspondientes recaídas, salvo que se produzca un cambio en la base única de cotización, en cuyo caso se tendrá en cuenta esta última.

Desde el 1 de enero de 2012, el subsidio de IT por contingencia común comienza a percibirse desde el noveno día de la baja, correspondiendo al empleador el pago desde el cuarto al octavo día, si que quepa, en este ámbito, el pago delegado, sino que debe ser directo por la Entidad gestora. No obstante, en caso de incumplimiento por parte del empleador de la obligación de afiliación y alta del trabajador, éste es responsable directo de las prestaciones, sin que la entidad gestora esté obligada a su anticipo –SSTSJ de Madrid de 24 de octubre de 1995 y de Cataluña de 13 de diciembre de 1995 (EDJ 8662)–. Por el contrario, en caso de falta de cotización por parte del empleador, la entidad gestora no queda eximida de responsabilidad ya que tiene la obligación de controlar el pago efectivo de las cuotas, de acuerdo al artículo 21 del D 2346/1969.

Se iguala, por tanto, el régimen de esta prestación al establecido para el trabajador común, si bien la peculiaridad que se establece reside en procurar una menor carga económica y de gestión al empleador al reducir el tiempo en el que la prestación es a su cargo y en garantizar el pago directo por la entidad gestora.

Igualmente, se establece una regla transitoria que viene a mantener una peculiaridad de tratamiento contenida en la Disposición Adicional octava, 1 LGSS, en cuanto excluía expresamente del ámbito del REEH la aplicación de la regla contenida en el art. 162 1.2 LGSS, que permite la integración en el periodo que haya de tomarse como cálculo de la base reguladora de los meses durante los cuales no hubiera existido la obligación de cotizar. Lo que suponía que, para los trabajadores/as del hogar familiar, el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación desde una situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, no se aplicaba la doctrina del paréntesis, ni se procedía a la integración de lagunas con bases mínimas<sup>17</sup>. Por lo que se computan como importe cero la cotización correspondiente a tales meses –STSJ de Cataluña de 17 febrero, 2000–, teniendo derecho a percibir en su caso, la cuantía mínima establecida anualmente –STS de 10 de febrero de 2009 y TSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2004–.

---

<sup>17</sup> Este trato desigual ha quedado reservado únicamente para los trabajadores del hogar familiar ya que el art. 4.4 RD 1647/1997 y la DA 8º, LGSS prevén la regla de integración de lagunas en el RE Minería del Carbón y para los trabajadores por cuenta ajena del RE Agrario y del RE Trabajadores del Mar –STSJ Comunidad Valenciana 17 octubre 2001–.

No obstante la Disposición adicional cuadragésimo novena de la Ley 27/2011 mantiene transitoriamente la anterior regulación al establecer que desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes causadas por los empleados de hogar, respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial, sólo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 140.4 y 162.1.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

c) Por otra parte el no reconocimiento de los riesgos profesionales en el REEH, excluía la posibilidad de considerar la IT derivada de contingencias profesionales, otorgándose únicamente prestaciones por accidente o enfermedad común, lo que suponía la inaplicación en este ámbito del trato especial que reciben los riesgos profesionales en materia de periodos de carencia o de prestaciones.

La justificación de esta importante singularidad de trato que se ha mantenido hasta el RD 1596/2011 y que producía esta notoria desprotección de un colectivo de trabajadores tan sensiblemente débiles, residía en el hecho de que la cuantía de la cuota era indivisible, por lo que no se cotizaba específicamente por tales riesgos, y por tanto, quedaban excluidos de la protección por los mismos –por lo demás, como igualmente quedan excluidos en la actualidad, y por igual causa, de la protección que frente al salario o a las indemnizaciones otorga el Fondo de Garantía Salarial, pese a que se ha producido una nueva regulación laboral–.

El cambio se produce mediante la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, al añadir una nueva Disposición adicional, la quincuagésima tercera, a la Ley General de la Seguridad Social, desarrollada por RD 1596/2011, de 4 de noviembre extendiendo, con efectos de 1 de enero de 2011, la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores del hogar familiar, reconociéndoles las mismas prestaciones que las previstas en el Régimen General para tales contingencias, si bien con ciertas peculiaridades.

La gestión y el control de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se llevarán a cabo por la Entidad gestora o, en su caso, la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social con la que se haya formalizado la cobertura de tales contingencias.

Cuando la IT derive de contingencias profesionales, el subsidio se percibe desde el día siguiente a aquel en el que se haya producido el accidente o desde el día siguiente al de la baja para el trabajo cuando ésta fuera posterior a la fecha del accidente. El salario correspondiente al día del accidente es por cuenta del empleador.

Una regla que contempla, de nuevo, la singular posición del empleador, establecida igualmente en la misma Disposición adicional de la Ley 27/2011 - es la que considera la inaplicación en este Sistema especial del régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 de la LGSS.

d) Junto a ello, subsiste una peculiaridad establecida en el régimen anterior: Si el trabajador /a fuera interno, tiene derecho a permanecer alojado en el domicilio donde presta

sus servicios un mínimo de 30 días, salvo prescripción facultativa que decida su hospitalización, pese a estar su contrato de trabajo en suspenso. Lo que supone, por tanto, la contemplación de una situación muy específica de esta actividad profesional: mientras que el contrato de trabajo está en suspenso, se mantienen, no obstante las prestaciones derivadas del pago en especie. Se trata por tanto, de la imposición al titular del hogar familiar de un genérico deber de protección en su acepción más tradicional, que en su momento se utilizó como fórmula compensatoria ante un régimen de protección social muy limitado, pero que en la actualidad ha perdido gran parte de su vigencia<sup>18</sup>.

e) En la situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, se reconocen a las empleadas del hogar beneficiarias los mismos derechos y en los mismos términos que los establecidos en el RGSS. Aquí la peculiaridad viene determinada por las obligaciones que competen al titular del hogar familiar, debiendo éste declarar formalmente la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la empleada. Para estas contingencias la base reguladora será la equivalente a la establecida para la incapacidad temporal.

f) Respecto a la incapacidad permanente, pese a que son de aplicación en este ámbito las reglas del RGSS desde la Ley 26/1985 - lo que en su momento confirmó la STS Ud. 19 diciembre 2003 - no puede desconocerse la reticencia de los Tribunales del Orden Social a admitir la incapacidad permanente total en el caso de los trabajadores/as del hogar, con el argumento de que el “trabajo doméstico se caracteriza por la realización de esfuerzos de tipo medio, pero no esfuerzos notables” –STSJ País Vasco de 7 de febrero de 2006–, introduciendo criterios subjetivos en los que subyace una discrecional minusvaloración del trabajo prestado en el hogar familiar. En este mismo sentido las SSTSJ Valladolid de 26 de julio de 2005 (EDJ 134195) y TSJ de Galicia de 22 de marzo de 2010 (EDJ 93422), ambas contemplando supuestos de fibromialgia sometida a revisiones, o la del TSJ de Granada de 23 de abril de 2008 (EDJ 211910) en el caso de epilepsia. No obstante si se reconoce la Incapacidad permanente total en otras resoluciones como la contenida en la STSJ de Cantabria de 4 de octubre de 2005 (EDJ 196268) al estar limitada su capacidad de permanecer en pie y andando de forma prolongada o debido a limitación funcional de los miembros superiores por padecer MSD unido a lumbalgias y a la patología psíquica en STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2012 (EDJ 254944).

g) Jubilación: Las reglas para cursar derecho a la pensión de jubilación son las mismas que las establecidas en el RGSS.

Es más, las peculiaridades respecto al cálculo de la cuantía de la prestación por jubilación desaparecieron ya en gran medida en el REEH por la remisión de la Ley 26/1985 y los RRDD 1799/85 y 1609/87, al RGSS. En consecuencia y desde la aplicación de estas disposiciones normativas y reglamentarias, la cuantía de la pensión de jubilación de los empleados/as del hogar se determina aplicando a la base reguladora el porcentaje que proceda de acuerdo con la escala establecida para el RGSS, si bien la misma se establecía en función exclusivamente de los años de cotización efectiva del beneficiario –STSJ-Galicia 13

---

<sup>18</sup> Sobre las consecuencias del incumplimiento de esta obligación por parte del titular del hogar familiar, tanto DE LA VILLA GIL, L.E.: “La relación laboral...”, op. cit. pág. 218, como SALA FRANCO, T.: “La relación especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”, RL, Tomo I, 1986, pág. 309, lo equiparan al despido improcedente.



junio 1994 y STSJ Andalucía 30 septiembre 1999-. Con ello se puso fin a una de las especialidades del REEH que establecía un porcentaje para la pensión de jubilación singular y diferenciado.

Modificación legal que permitió, además, otra novedad más. Y es que a partir de la misma la pensión de jubilación puede causarse aunque el interesado no se encuentre en alta en el momento del hecho causante, siempre que acredite un período de carencia superior al de quince años y al menos dos de ellos dentro de los ocho inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho.

De forma general y a efectos de completar el período de carencia, el art. 26 D. 2346/69 permite la correspondencia de cotizaciones tanto con el RGSS como con otros RESS. En base a esta regla, una reiterada jurisprudencia confirma la posibilidad de totalizar los periodos de cotización cubiertos en otros regímenes de la SS, incluido el SOVI -STS de 7 mayo 1997, SS.TSJ-Madrid 14 junio 1989 y TSJ-País Vasco 14 julio 2000-.

Rige igualmente en este ámbito las reglas generales respecto al reconocimiento de la prestación, pudiendo solicitarse la misma a uno u otro régimen en el que se reúna el periodo carencial, siendo preferente el RSS en el que se estuviera cotizando en el momento de la solicitud -STSJ-Comunidad Valenciana 9 noviembre 1989-. Si no se reúne en ninguno, pero si totalizadamente, la prestación debe reconocerse en el RSS en donde se hubiera realizado la mayor cotización -de acuerdo con el art. 26.2 c) D 2346/1969 y único D 2957/1973-.

Otra peculiaridad normativa corregida desde que se hace efectivo la integración de este colectivo en el Régimen General es que pueden acceder, a la jubilación anticipada si reúnen los requisitos establecidos de estar de alta o asimilada al alta, de edad - inferior en dos años a la edad ordinaria - y de periodo de carencia mínimo - treinta y cinco años de cotización efectiva - y a la jubilación parcial, igualmente si se cumplen los requisitos de edad - y periodo de carencia exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación contributiva.

Termina de esta forma otra de las peculiaridades normativas que afectaba a estos trabajadores/as ya que con anterioridad sólo se admita en este ámbito la jubilación ordinaria a los 65 años de edad -art. 26. 2 a) D 2346-. Lo que en su momento confirmó de forma reiterada el Tribunal Supremo al señalar “que tanto la D.T. 2.ª, Como la DT 1.ª de la OM 18 enero 1967, fueron dictadas con la exclusiva finalidad de reconocimiento del derecho a prestación de jubilación en el RGSS, limitando el beneficio de la jubilación anticipada a los trabajadores afiliados a tal régimen e impidiendo el traslado analógico a otros regímenes de la SS al amparo del artículo 4.1 del Código Civil -SSTS 14 junio 1994 y 28 octubre 1994-. Si bien la regla contenida en el artículo 26 D. 2346/69, que permitía el cómputo de periodos de cotización a distintos Regímenes SS, dio entrada, aún de forma indirecta, a la posibilidad de acceder a este derecho en el ámbito del REEH. Y en el mismo sentido la Ley 47/1998, 23 diciembre, cuando regulo el derecho a la jubilación anticipada reconociendo la posibilidad de efectuar cotizaciones en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social que tuvieran reconocido el derecho a la misma y su cómputo conjunto. Con fundamento en este artículo, el Tribunal Supremo reconoció, en un supuesto de prestación de servicios en varios Estados de la Unión Europea, el derecho a la jubilación anticipada a una empleada del hogar argumentando que “aun no correspondiendo por edad a la actora la jubilación anticipada de acuerdo con el REEH al que pertenece por afiliación, al no contar con cotizaciones

suficientes ni en este ni en el General para acceder por sí a la jubilación, es en el Especial donde consta mayor número de días cotizados en los diferentes Estados Miembros” –STS 12 mayo 1999–. Siguiendo la misma doctrina se reconoció el derecho a la jubilación anticipada de una empleada del hogar “en el Régimen en el que el interesado acredite mayor número de cotizaciones, aplicando sus normas reguladoras” –STSJ Cataluña 29 noviembre 2004–.

Otra singularidad de tratamiento se originaba por el hecho de no tener en cuenta los “días-cuota” correspondientes a las gratificaciones extraordinarias a efectos del periodo de carencia. Doctrina que ya fue prontamente corregido por el Tribunal Supremo al entender “que deben computarse todas las cotizaciones efectuadas o días-cuota y no solamente las de los días naturales...” –STS en interés de Ley, 10 junio 1974–.

Si bien y finalmente la Disposición adicional cuadragésimo novena de la Ley 27/2011 mantiene transitoriamente la anterior regulación contenida en la Disposición adicional octava, 1 LGSS, al establecer que desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación causadas por los empleados de hogar, respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial, sólo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 140.4 y 162.1.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Lo que supone que, en el caso de los trabajadores/as del hogar familiar, para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación desde una situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, no se aplica la doctrina del paréntesis, ni se procede a la integración de lagunas con bases mínimas.

### **3.2. Prestaciones excluidas: el desempleo**

La exclusión de la prestación por desempleo, a los trabajadores/as del hogar familiar ha sido una constante en su régimen de aseguramiento desde que así se estableció en el art. 28.2 D 2364/69, sin que el art. 205.2 LGSS en modo alguno incluyera este colectivo entre las personas protegidas en base a que en el Régimen Especial no se protegía dicha contingencia. De esta forma los empleados del hogar son los únicos –entonces y en la actualidad– que, siendo trabajadores por cuenta ajena, quedan fuera del derecho a prestaciones por desempleo. No obstante la exclusión del derecho a la prestación por desempleo a los trabajadores del hogar familiar tanto en el nivel contributivo como en el asistencial, no siempre ha sido rigurosa. Principalmente en base a una doctrina progresista del Tribunal Constitucional se ha ido reconociendo en determinados supuestos. Así la STC 209/1987 declaró inaplicable el apartado final del párrafo tercero del art. 7 RD 625/1985 que excluía del subsidio por desempleo en el nivel asistencial para mayores de cincuenta y dos años a todos los Regímenes Especiales de SS que no contemplaran la contingencia del desempleo, entendiéndose que cuando el solicitante reuniese los requisitos para acceder a la contingencia de vejez, salvo la edad, por la vía del REEH, tenía derecho a solicitar este subsidio asistencial de mayores de cincuenta y dos años. En igual línea la STC 78/1990 cuando afirmaba que “exigir reglamentariamente que la jubilación se haya de realizar en un Régimen de la SS que tenga prevista la protección por desempleo, excede de la capacidad de la norma de desarrollo... pues la Ley no establece esa diferencia de trato entre quienes se jubilen en un régimen u otro del sistema”. Se trata, por tanto “de un requisito contrario a la ley, por no

estar previsto en la misma, y contrario a la Constitución, por establecer ilegalmente una diferencia no querida por el legislador”<sup>19</sup>.

Expresamente, la Disposición adicional cuadragésimo novena de la Ley 27/2011 excluye de la acción protectora del Sistema especial para Empleados de Hogar la correspondiente al desempleo. Si bien a continuación se señala que ello debe entenderse “sin perjuicio de las iniciativas que puedan establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”.

Se mantiene, pues, la exclusión de la prestación por desempleo de los trabajadores/as del hogar familiar, pero si bien, en su momento la justificación venía por el hecho de que, al tratarse de una cuota única, no se preveía tal contingencia, así como por la generalizada minusvaloración profesional de este trabajo y la persistente sospecha de fraude en las prestaciones. Ahora, sin embargo, es más difícil encontrar una justificación a tal exclusión, salvo que no existe una cotización específica por desempleo, lo que aumentaría la base de cotización –y en consecuencia la cuota del titular del hogar familiar–, y, posiblemente también la idea de evitar situaciones de uso irregular o fraudulento de la prestación, especialmente cuando el sistema de control por parte la Inspección de Trabajo es mucho más complicado de ejercer en el ámbito del trabajo doméstico.

No obstante, la Disposición Adicional 2ª del RD 1.620/2011 abre la vía a la fijación de un sistema de protección por desempleo para este colectivo, si bien deja la decisión a lo que el Gobierno estime más conveniente una vez referido el informe de evaluación del grupo de expertos y previa consulta y negociación con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Decisión a la que se fijaba el plazo para su adopción al 31 de diciembre de 2013. Y, que como tras muchas con plazo fijado –por ejemplo, la ampliación del permiso por paternidad– han ido quedando aplazadas a nuevas fechas que a su vez de nuevo se incumplen.

En definitiva, poner en marcha esta prestación exige voluntad política y acuerdo consensuado y a partir de aquí, una norma de desarrollo en la que se precise, verdaderamente, el modo de funcionamiento, derechos y deberes, obligaciones formales relativas a los actos de encuadramiento y a la cotización, y a las prestaciones. Un reglamento de desarrollo que cubra las carencias actuales y aborde aquellos aspectos más prácticos que precisen de mayor concreción para su adecuada aplicación, con vistas a una convergencia plena<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Se corregía de esta forma la doctrina anterior del TCT que entendía que “*el art. 3.2 Ley 31/1984 excluía de su ámbito de protección tanto el nivel contributivo como el asistencial, a quienes como, las demandantes pertenecen al régimen especial de empleados de hogar, por no protegerse en el mismo la contingencia por desempleo pese a reunir los requisitos establecidos en el mismo: ser trabajador emigrante que, habiendo retornado del extranjero, no tenga derecho a la prestación por desempleo*”- SSTCT 10 septiembre y 14 octubre 1986 -.

<sup>20</sup> VELA DIAZ, R.: “De la Ley 27/2011 al RD 29/2012 de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para Empleados del Hogar: la nueva frontera entre las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar”, en Revista Temas Laborales, nº 121, 2013, pág. 150.

#### 4. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN

Desde el Pacto de Toledo y aún antes, a impulso de la doctrina iuslaboralista, se venía demandando la integración de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social en el Régimen General. Lo que finalmente ha sucedido con los más clásicos entre ellos, el Agrario y el del Servicio del Hogar Familiar. Integración que se produce mediante su consideración de Sistemas Especiales del Régimen General.

Por lo que afecta al colectivo de trabajadores/as del hogar, la Disposición Adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011 realizó la demandada integración y con ello, la reparación de una situación de histórica discriminación de un colectivo profesional sumamente feminizado. Cambio normativo que se produce de forma coincidente con la aprobación del Convenio 189 OIT sobre trabajadores y trabajadoras domésticos, norma internacional que exige coherencia entre la normativa laboral y la de Seguridad Social a partir de la garantía de derechos mínimos e igualdad de trato.

No obstante la integración no ha sido plena. De ahí que, en lugar de que, sencillamente, la norma integradora hubiera previsto su inclusión sin más en el Régimen General, ha optado por incluirla como un Sistema Especial.

La cuestión reside en que esta nueva conceptualización lo único que debería haber producido es peculiaridades, de mayor o menor relieve, en el mecanismo de encuadramiento y cotización, al cambiar la técnica del “régimen especial” por la del “sistema especial”, pero no, como ha sucedido, mantener también ciertas peculiaridades que afectan al conjunto del régimen protector, cuando lo que se debería haber producido es una equiparación sustancial en la acción protectora.

De esta forma y pese a lo que ello significa de avance en los derechos sociales y también de racionalización jurídica, perviven, todavía, en la nueva regulación, desigualdades en el tratamiento normativo. Por una parte, en cuanto se hace depender la integración plena y efectiva de determinadas prestaciones –la incapacidad permanente y la jubilación–, de plazos temporales. Por otra, por la que se excluye, sine die, la prestación por desempleo.

Por ello vuelvo a preguntarme, como en su momento ya lo hice: ¿Qué justificación cabe, salvo la existencia de menor presión contributiva –lo cual no puede ser una razón admisible en nuestros días– para excluir a los trabajadores del hogar familiar del sistema de protección por desempleo?<sup>21</sup> El trabajador al servicio del hogar familiar es un trabajador por cuenta ajena, y cuya especialidad en este caso y lo que determina el peor tratamiento protector que se le otorga frente a la generalidad de los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social reside en el hecho de que trabaja para una unidad familiar carente de fines o estructura empresarial, lo que da lugar a una presión contributiva menor y correspondiente al otorgamiento de menores prestaciones. Razonamiento que no es defendible en el contexto actual de la Seguridad Social que debe inspirarse en los principios de solidaridad e igualdad de trato. Por otra parte, la tendencia hacia un sistema social de Seguridad Social moderno, integrado y unitario, pugna con el mantenimiento de estas peculiaridades normativas que generan supuestos de infra protección sin justificación suficiente.

<sup>21</sup> QUESADA SEGURA, R., El contrato de servicio doméstico, La Ley, Madrid, 1991, págs. 237 y ss.